

Tilburg University

Een verfijndere kantonrechtersformule

Barendrecht, J.M.

Published in:
ArbeidsRecht

Publication date:
2004

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):

Barendrecht, J. M. (2004). Een verfijndere kantonrechtersformule: de beste basis voor ontslagbescherming. *ArbeidsRecht*, 38(8/9), 4.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Een verfijndere kantonrechtर्सformule: de beste basis voor ontslagbescherming

Voordracht gehouden ter gelegenheid
van het zesde Nationaal ArbeidsRecht diner op 24 juni 2004

Maurits Barendrecht¹

Ontslagbescherming is vooral zinvol om relatiespecifieke-investeringen te beschermen. Bescherming van werknemers tegen de gevolgen van werkloosheid gaat daarentegen ten koste van de werknemers die nog werk hebben. Ontslagbescherming kan het beste worden gerealiseerd via opzegtermijnen en vergoedingen, niet via ingewikkelde procedures en via mogelijkheden om een ontslag tegen te houden. De kantonrechtर्सformule past goed bij deze economische uitgangspunten. Kantonrechtर्स zouden de formule verder kunnen verfijnen, in samenspraak met economen en praktijkjuristen. Daarbij kan de hoogte van de vergoeding voor verschillende groepen werknemers worden afgestemd op de voor deze groepen gebruikelijke relatie-specifieke investeringen.

I.	INVESTEREN EN BESCHERMEN	2
A.	<i>Investeren in het werk</i>	2
B.	<i>Alleen relatiespecifieke investeringen beschermen</i>	2
II.	PATRONEN IN DE DISCUSSIES OVER ONTSLAGRECHT	4
A.	<i>Wat blijft en wat verandert</i>	4
B.	<i>Wat volgt</i>	5
III.	ECONOMISCH ONDERZOEK OVER ONTSLAGBESCHERMING	5
A.	<i>Verschillende vormen van ontslagbescherming en de 'prijs' van ontslag</i>	5
B.	<i>Opzegtermijnen en vergoedingen zijn te prefereren</i>	6
C.	<i>Voor- en nadelen van ontslagbescherming</i>	9
D.	<i>Partijen zelf ontslagbescherming laten overeenkomen?</i>	11
IV.	VERFIJNING VAN ONTSLAGBESCHERMING VIA VERGOEDINGEN	11
A.	<i>Eenvoudiger procedures: naar zelfbedieningsontslag</i>	12
B.	<i>Minder kans voor werknemer om ontslag tegen te houden</i>	12
C.	<i>Afstelling vergoedingen in het algemeen</i>	13
D.	<i>Nadere uitwerking formule voor specifieke groepen werknemers</i>	13
E.	<i>Herijking formule voor specifieke groepen werknemers</i>	14
V.	EEN OPROEP AAN DE KANTONRECHTERS	16

¹ J.M. Barendrecht is hoogleraar privaatrecht bij het Centrum voor aansprakelijkheidsrecht aan de Universiteit van Tilburg. Met dank aan Prof. Jules Theeuwes (UvA en WRR) en Machteld de Hoon (UvT) voor waardevolle input en commentaar.

I. INVESTEREN EN BESCHERMEN

A. Investeren in het werk

Wat wij vandaag allemaal gemeen hebben, is belangstelling voor het arbeidsrecht, veel van u zijn er 30 tot 60 uur per week mee bezig. Maar wij delen ook dat wij moderne werkenden zijn, kenniswerkers, zoals de overheid die zo graag heeft: veel hoofd, weinig handen. En wij hebben veel geïnvesteerd in waar wij nu zijn in ons werk.

U heeft na uw school een universitaire of hbo-opleiding gedaan, en waarschijnlijk daarna nog een specialisatie: als u zoveel uren besteedde als een gemiddelde student, is dat alles bij elkaar toch een investering van bijna een jaar geweest van u niet slapende leven! U hebt, met name in de eerste jaren dat u werkte, door schade en schande, maar hopelijk ook met het plezier dat bij leren hoort, allerlei praktische dingen geleerd: stukken maken, omgaan met de automatisering op uw kantoor, omgaan met klanten.

U hebt geïnvesteerd in relaties op uw werk, bij de koffie-automaat, in de kroeg, en tijdens vergaderingen. U hebt veel tijd en energie gestoken in relaties met klanten, of mensen in het netwerk dat er in uw werkkring toe doet. En u hebt ook vast uw woon- en intieme leefomgeving wel eens aangepast aan uw werk: verhuizing, andere school, lange reistijd, of overwerk; dus niet bij uw gezin geweest, en niet gelezen of gesport.

B. Alleen relatiespecifieke investeringen beschermen

Die investeringen zijn volgens economen in twee soorten te verdelen, waarvan de één geen bescherming verdient in geval van ontslag, en de ander juist wel. U hebt enerzijds geïnvesteerd in wat u breed kunt inzetten, in veel verschillende werkkringen: sociale vaardigheden, het algemene arbeidsrecht bijgehouden, een goed stuk leren maken, met Microsoft Office leren werken, leiding leren geven, en al het andere dat u in iedere baan van dienst zal zijn. Dat neemt u gewoon mee als u ooit zou worden ontslagen. En als u minder van die algemene ‘employability’ investeringen hebt gedaan, omdat u liever ging tennissen of met de kinderen ging wandelen, was dat een prima keuze. Maar er is weinig reden om u ten laste van de werkgever ontslagbescherming toe te kennen, als u door déze keuze minder ‘employabel’ bent geworden (misschien zijn er wel andere redenen om u te beschermen, waarover later). U zult door die keuze met een wat lager betaalde baan genoeg moeten nemen, zeggen economen.

Als u daarentegen voor een off-shore bedrijf hebt gewerkt, en u helemaal hebt toegelegd op de specifieke regels en jurisprudentie voor off-shore werk, en u bent met uw familie van Amsterdam-Oost naar een huis in Overschie verhuisd, vlak bij Rotterdam Airport, omdat dit een goede verbinding heeft met Aberdeen, en U vandaar ook zo in de Rotterdamse haven bent, dan wordt het anders. Die investeringen zijn niet veel waard buiten een heel klein kringetje van bedrijven. U hebt bovendien uw uren maar één keer kunnen besteden, en doordat u al die relatiespecifieke investeringen in

off-shore arbeidsrecht deed, had u minder mogelijkheid om u algemeen 'employable' te ontwikkelen. En u en uw gezin hebben er een verhuizing, een andere school en heel veel voor over gehad om deze baan te kunnen gaan vervullen. Maar voor uw werkgever, en voor de economie in het algemeen, is het heel goed geweest dat u die relatiespecifieke investeringen heeft willen doen.

Voor die relatiespecifieke investeringen zou wel ontslagbescherming nodig zijn, zeggen economen. Maar wacht even. Bent u daar niet voor beloond: u kreeg een bijdrage in verhuiskosten, en waarschijnlijk een maandsalaris van een paar honderd euro meer? Misschien, maar toch zou u gek zijn om deze tienduizenden euro's in geld en tijd te investeren als u geen ontslagbescherming had, die maakt dat u uw verhuizing en uw investering in het off-shorerecht over een aantal jaren kunt terugverdienen.

Ontslagbescherming, zo zeggen economen, is een soort verzekering van de relatiespecifieke investeringen die je in een baan doet. Die verzekering kan de werknemer niet op de markt kopen, vanwege het morele risico: werknemer, en vooral werkgever, kunnen het verwezenlijken van het risico van ontslag te gemakkelijk beïnvloeden. Daarom is het heel normaal dat relatie-specifieke investeringen binnen een contract worden beschermd. Als contractspartijen de tijd hebben om goed over zo'n contract na te denken, komen zij vaak een 'borgsom' overeen, die 'verbeurd' wordt als het contract verbroken wordt voordat de relatiespecifieke investeringen zijn terugverdiend. In vroeger tijden werd in dit soort situaties zelfs wel een 'hostage' gegeven, iemand die min of meer vrijwillig gegijzeld werd, en dit is nog steeds een standaard-term in de economische theorie.

Bescherming van relatiespecifieke investeringen is niet iets wat specifiek is voor het arbeidsrecht.² Ook huurders, distributeurs van goederen of diensten, agenten, leden van een maatschap en echtelieden doen veel relatiespecifieke investeringen. Zij worden, geheel conform de economische theorie, daarom ook juridisch beschermd.³ Deze bescherming is dezelfde die juristen, minder precies, en minder to the point, bescherming van een 'zwakke' partij noemen. Met zwak zijn heeft het weinig te maken. Denk maar eens aan zakelijke samenwerkingen: kunt u zich een joint venture voorstellen zonder schadevergoeding en andere opzeggingsbescherming? Of aan relatie-specifieke investeringen door de werkgever in dure opleidingen, die ook beschermd kunnen worden.⁴ Het is geen kwestie van zwakte, maar gewoon het stimuleren en waarborgen van investeringen in relaties.

Uit empirisch onderzoek lijkt ook naar voren te komen dat werknemers in landen met meer ontslagbescherming gemiddeld meer investeren in specifieke

² De basisliteratuur over dit voor het contractenrecht uiterst relevante onderwerp is: Benjamin Klein, Robert G. Crawford & Armen A. Alchian, Vertical Integration, Appropriate Rents, and the Competitive Contracting Process, 21 Journal of Law & Economics 1978, p. 297 e.v.; Oliver E. Williamson, Transaction-Cost Economics: The Governance of Contractual Relations, 22 Journal of Law & Economics 1979, p. 233 e.v.; Oliver E. Williamson, The Economic Institutions of Capitalism: Firms, Markets, Relational Contracting, New York: The Free Press, 1985.

³ Zie voor een algemene behandeling van de opzeggingsbescherming bij duurcontracten M.W. de Hoon, Opzegging in overleg, NJB 2001, p. 891 e.v.

⁴ HR 10 juni 1983, NJ 1983, 796 en F. B. J. Grapperhaus, Tolheffing bij einde dienstverband, SMA 1996, p. 405 e.v.

vaardigheden en gespecialiseerde kennis.⁵ Amerikaanse werknemers, bijvoorbeeld, investeren meer in zichzelf en minder in wat hun werkgever specifiek nodig heeft. Een individualistischer ingestelde, job-hoppende werknemer zal dan waarschijnlijk ook meer moeten worden gecontroleerd en meer andere prikkels nodig hebben om de belangen van werkgevers te dienen, bijvoorbeeld in de vorm van bonussen of opties. Interessant is in dit verband dat wij in Nederland een hoge productiviteit per gewerkt uur hebben,⁶ iets dat wellicht mede kan worden verklaard door hoge relatie-specifieke investeringen, gedaan in de luwte van goede ontslagbescherming.

II. PATRONEN IN DE DISCUSSIES OVER ONTSLAGRECHT

A. *Wat blijft en wat verandert*

Zo eens in de vijf jaar vindt er een min of meer fundamentele discussie over het ontslagrecht plaats: tien jaar geleden wilde Minister Bert De Vries ingrijpen, vijf jaar geleden ging de Commissie ADO van Rood van start, en nu zijn er de plannen van De Geus. Om één of andere reden wordt ik ook eens in de vijf jaar bij het onderwerp betrokken, zodat ik met enige distantie naar deze discussies kan kijken. Wat zijn de terugkerende patronen en wat verandert er?

Een constante in de discussie is dat zij begint met heel globale, en zelfs vrij bot overkomende voorstellen: afschaffen preventieve toetsing toen; nu halvering kantonrechtersvergoeding en afbouwen lifo-beginsel. Vervolgens is een constante dat werkgevers en werknemers er niet uit komen. De polder heeft eigenlijk nooit iets wezenlijks aan het ontslagrecht veranderd. Alleen een bezettingsmacht heeft dat bij ons ooit gekund. Flexibiliteit en zekerheid was vooral een operatie die met een wijde boog om het probleem heenliep.⁷ Ook nu lijkt de polder weer heel diep in de loopgraven te zitten. Werkgevers bepleiten afschaffing van iedere ontslagvergoeding voor gerechtvaardigde ontslagen.⁸ Werknemers verbreding van bescherming door ook bij een ontslag via het CWI een recht op ontslagvergoeding te geven.⁹

Er zijn ook dingen die veranderen. In de eerste plaats wordt het systeem zoals het in de praktijk werkt stapje voor stapje beter. Niet een politieke- of polderingreep, maar de ontbindingsprocedure en de kantonrechtersformule hebben er voor gezorgd dat de ontslagbescherming van karakter is veranderd: van bescherming tegen ontslag, naar bescherming door een prijs in geld aan ontslag te verbinden. Waarom dat vooruitgang is, daar kom ik nog op terug. Ik wijs nu slechts op het enorme verschil tussen de grote arbeidsonrust bij de economische teruggang begin jaren 80, de al veel soepeler

⁵ M.V.K. Belot, *Labor Market Institutions in OECD Countries: Origins and Consequences*, Diss. Tilburg 2002 (down te loaden van www.uvt.nl), p. 163 e.v.

⁶ Zie bijvoorbeeld de gegevens vermeld in het antwoord van Minister De Geus op kamervragen van Bussemaker en Boelhouwer over mogelijke arbeidstijdverlenging tegen hetzelfde salaris d.d. 19 januari 2004.

⁷ Zie over het geringe effect van het, in bijna heel Europa gevoerde, beleid om tijdelijke dienstverbanden te vergemakkelijken ook Young 2003, p. 6.

⁸ Blijkens het verslag van de door de Raad voor de Rechtspraak georganiseerde discussie over de kantonrechtersformule van 31 maart 2004 (ongepubliceerd), zie de samenvatting in NJB 2004, p. 1193 e.v.

⁹ Zie de vorige noot.

verwerkte teruggang van begin jaren 90, en het nauwelijks meer nieuws zijn van reorganisaties anno 2004.

Wat ook verandert, is dat we steeds meer te weten komen over de voor- en nadelen van verschillende vormen van ontslagbescherming. Ik ben begonnen met een heel grove samenvatting in gewone mensentaal van één belangrijk stuk van de economische kennis over ontslagbescherming, die in de afgelopen tien jaar is opgebouwd. Vele tientallen hele goede economen hebben de redenen voor en de werking van ontslagbescherming onderzocht, vanuit veel verschillende invalshoeken.¹⁰

Waarom dat gedwee met economen, zo vraagt u zich af? Misschien overtuig ik u niet als ik zeg dat welzijn van mensen mij een goed criterium lijkt om een systeem als het ontslagrecht op af te stemmen. Maar het is ook een keuze die uit armoede geboren is: het ontslagrecht inrichten op basis van wie politiek het hardste roept, of op basis van rechtsbeginselen die weinig richtinggevend zijn, spreekt mij niet aan. Economen proberen de achterliggende belangen echt zichtbaar te maken en systematisch de voors en tegens van verschillende vormen van ontslagbescherming in kaart brengen.

B. Wat volgt

Ik zal hierna proberen u een indruk te geven van de meest richtinggevende uitkomsten van het economische onderzoek tot nu toe, en die afzetten tegen beweringen zoals die nu in de discussie over ontslagrecht worden gedaan (paragraaf III). Op deze manier worden ook de kansen zichtbaar om het systeem nog beter te laten werken. Ik doe een concreet voorstel hoe die kansen kunnen worden benut (paragraaf IV). En ik sluit af met een oproep aan de kantonrechters om, geadviseerd door economen en mensen uit de rechtspraktijk, met vertegenwoordigers van de polder als klankbord, hun prachtige en maatschappelijk uiterst nuttige ontslagvergoedingen- formule te gaan uitwerken en verfijnen, of de wetgever nu ingrijpt of niet (paragraaf V).

III. ECONOMISCH ONDERZOEK OVER ONTSLAGBESCHERMING

A. Verschillende vormen van ontslagbescherming en de 'prijs' van ontslag

Ontslagbescherming kan de volgende vormen hebben:¹¹

- Procedures (toetsingsprocedures, hoor- en wederhoor);
- Mogelijkheid/kans voor werknemer om een ontslag tegen te houden (preventieve/repressieve toetsing waaronder extra bescherming tegen collectief ontslag);
- Opzegtermijnen;

¹⁰ Wie zich een snelle toegang tot deze 'body of knowledge' wil verschaffen surfe naar www.iza.org, de website van het hierna te noemen netwerk van het Institute for the Study of Labor te Bonn met meer dan 1100, voornamelijk door economen geschreven, papers over alle mogelijke aspecten van arbeidsverhoudingen. Goede op internet zo down te loaden overzichtsartikelen over ontslagbescherming zijn die van John T. Addison & Paulino Teixeira, The Economics of Employment Protection. IZA Discussion Paper No. 381, October 2001 en David Young, Employment Protection Legislation: its economic impact and the case for reform, European Commission Economic Papers No. 186, July 2003.

¹¹ Zie de - in de bijlage ook veel goede rechtsvergelijkende gegevens bevattende - OECD Employment Outlook 1999 - Giving Youth a Better Start, Chapter 2: Employment Protection legislation (EPL) (Engelse tekst niet, Franse tekst wel downloadbaar van www.oecd.org) en Addison & Teixeira 2001.

- Vergoedingen.

De bescherming voor de werknemer bestaat uit de drempel die de werkgever over moet voor hij een ontslag kan geven, of, anders gezegd: de totale 'prijs' van het ontslag voor de werkgever. Die prijs kan bestaan uit een lastige procedure, die tijd, geld en aandacht kost (in modern jargon administratieve lasten); uit wat de werkgever kwijt is als de kans zich verwezenlijkt dat in een preventieve/repressieve toetsing door CWI of kantonrechter neen wordt gezegd tegen het ontslag; uit de kosten van in dienst houden van een niet zoveel meer opbrengende werknemer tijdens een opzegtermijn; en uit de te betalen ontslagvergoeding.

Deze vier vormen van bescherming vullen elkaar aan en kunnen elkaar vervangen. De mate van ontslagbescherming is gelijk aan de totale, opgestapelde drempel voor een ontslag voor de werkgever uit die vier soorten bescherming. Op al die vier manieren kan een drempel, een prijs, van dezelfde hoogte gecreëerd worden. Door een extra veel papierwerk kostende procedure; of door de werknemer een grotere kans geven een ontslag tegen te houden; of door een hogere ontslagvergoeding; of door een langere opzegtermijn.

B. Opzegtermijnen en vergoedingen zijn te prefereren

De economische literatuur heeft een voorkeur voor twee van deze vier vormen van ontslagbescherming. Zij zegt dat belastende procedures en het geven van kansen aan de werknemer om het ontslag tegen te houden nadeliger zijn dan ontslagbescherming door opzegtermijnen of ontslag. Men is daar nogal stellig over. Het leidende internationale research netwerk op dit terrein, het Institute for the Study of Labor (Forschungsinstitut zur Zukunft der Arbeit, IZA), gevestigd te Bonn, beveelt bijvoorbeeld ronduit aan om ontslagprocedures en toestemmingsvereisten te vervangen door ontslagvergoedingen.¹²

Waarom? Van een vergoeding heeft de werknemer voordeel. Daarom is het eigenlijk een soort uitgesteld loon. De werkgever die zo'n vergoeding biedt, hoeft in een efficiënte arbeidsmarkt, zo zeggen economen, minder loon te betalen.¹³ Hetzelfde geldt voor een niet te lange opzegtermijn. De werkgever maakt wel kosten, maar die komen direct ten goede aan de werknemer in de vorm van loon en de mogelijkheid om vanuit een betrekking naar een nieuwe baan te zoeken.

Dat geldt niet voor procedures en de kans op tegenhouden van een ontslag. De werkgever maakt hier kosten die niet als baten naar de werknemer toevloeien, maar opgaan aan procedures. Of hij betaalt een prijs in de vorm van het in dienst moeten houden van een werknemer, terwijl de verhouding niet meer goed is. Dat zijn beiden een 'social waste', verspilling.

Empirische onderzoeken bevestigen het vermoeden dat bescherming via vergoedingen minder negatief effect heeft op de arbeidsmarkt dan andere vormen van ontslagbescherming.¹⁴ U past dat principe overigens dagelijks toe. Verstandige

¹² IZA, Seven Proposals for a Modern Labor Market Policy in Germany, IZA Compact – Special Issue November/December 2002, zie www.iza.org.

¹³ Edward P. Lazear, Job Security Provisions and Employment, Quarterly Journal of Economics 1990, p. 699 e.v.

¹⁴ Lars Ljungqvist, How Do Layoff Costs Affect Employment? IZA DP No. 403, 2001; John T. Addison & Paulino Teixeira, What Have We Learned About the Employment Effects of Severance Pay? Further Iterations

werkgevers zullen ook altijd proberen de procedures en de kans om het ontslag tegen te houden af te kopen. Verstandige werknemers zullen daarop ingaan. Dat is een win-win deal. Het beste bewijs dat ontslagbescherming via vergoedingen bijna altijd voordelig is voor beide partijen, en dus voor de maatschappij als geheel, is dat de overeenkomsten waarbij arbeidsrechtjuristen bemiddelen zelden of nooit de andere kant op gaan. Heeft u wel eens een deal tussen een werknemer en een werkgever gezien, waarbij de werknemer zijn vergoeding (of een deel daarvan) opgaf voor een grotere kans om het ontslag tegen te houden? Of voor een ingewikkelder en misschien zorgvuldiger procedure?

Om al onderhandelend tot die omzetting van andere vormen van ontslagbescherming in een vergoeding te komen, kost intussen tijd en geld. Bovendien lukt het soms niet om tot overeenstemming te komen, en ontstaat toch een procedure, of wordt het ontslag zelfs tegengehouden. Dat zijn kosten die partijen hadden kunnen uitsparen als er direct een vergoeding was vastgesteld. Daarom lijkt ontslagbescherming alleen via een vergoeding eigenlijk het beste.

De Nederlandse praktijk zit erg aan de kant van bescherming via procedures en de mogelijkheid van tegenhouden van ontslag, zo blijkt uit het volgende plaatje uit een veel geciteerde OECD studie. Daarin is de (gunstiger) mate van bescherming in de vorm van opzegtermijnen en vergoedingen op de Y-as uitgezet en de (ongunstiger) mate van bescherming via procedures en de kans het ontslag tegen te houden op de X-as:¹⁵

of Lazear et al. IZA Discussion Paper No. 943 November 2003; Christian Grund, Severance Payments for Dismissed Employees in Germany, IZA Discussion Paper No. 875, September 2003

¹⁵ Zie noot 11. Waarbij moet worden aangetekend dat internationale vergelijking erg moeilijk is, mede omdat er vaak geen betrouwbare gegevens zijn over de afkoopsommen die in de praktijk worden betaald. Zo lijkt de positie van Nederland wat te laag ingeschat op de Y-as, omdat hier uitgegaan wordt van de CWI procedure zonder vergoeding, en in kantongerechtsprocedures wel vaak ontslagvergoedingen worden toegekend.

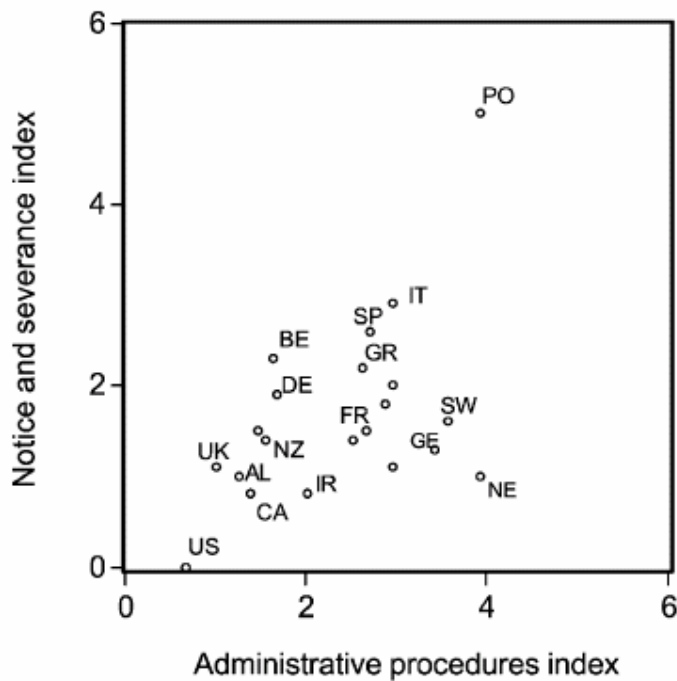


Fig. 1. Employment protection in the OECD, late 1990s.

Maar de Nederlandse praktijk ontwikkelt zich wel in de goede richting: van omzetting van andere vormen van ontslagbescherming naar ontslagbescherming via een vergoeding in geld. Nederland beweegt zich van rechtsonder schuin links omhoog door het plaatje:

- Door het toegenomen gebruik van de ontbindingsprocedure is de procedure gemiddeld eenvoudiger geworden. De werkgever die daarvoor kiest, beperkt immers zijn procedurekosten, met name het risico op een kennelijk onredelijk ontslagprocedure. De procedure bij het CWI is vervolgens ook vereenvoudigd.
- Kantonrechters en Cwi houden nauwelijks ontslagen meer tegen. De ontslagbescherming in de vorm van een kans op het ontslag tegenhouden is dus afgenomen.
- De gemiddelde vergoeding is de afgelopen decennia omhoog gegaan. De kantonrechters hebben de substitutie van andere vormen van ontslagbescherming door geld verder vergemakkelijkt door met hun formule te komen.

Interessant is dat zowel werknemers als werkgevers in de huidige discussie standpunten innemen die de andere, volgens de consensus onder economen verkeerde, kant op lijken te gaan:

- Werknemers pleiten voor hoger beroep in ontbindingsprocedures, wat juist weer verhoging van procedurele lasten betekent, waar de gemiddelde werknemer niets voor terug krijgt.¹⁶
- Werkgevers willen verlaging of zelfs afschaffing van de ontslagvergoeding voor ‘gerechtvaardigde ontslagen’, en daarmee weer alle druk van de ontslagbescherming leggen op de preventieve toetsing: terug naar de arbeidsonrust van de 80-er jaren?¹⁷ Velen hebben er al op gewezen dat de kans levensgroot is dat de ontslagbescherming dan weer andere vormen krijgt: grotere kans op afwijzing verzoek tot ontslag, of nieuwe sluiproutes naar vergoedingen met hoge procedurele lasten.¹⁸

Maar misschien heb ik hen verkeerd begrepen, of kregen wij hier slechts de inzet voor de onderhandeling te horen.

C. Voor- en nadelen van ontslagbescherming

We weten nu iets over de beste vorm van ontslagbescherming. Maar hoe zit het met de voor- en nadelen van ontslagbescherming ongeacht de daarvoor gekozen vorm? Moeten we überhaupt wel een prijs verbinden aan het ontslag?

- We zagen eerder dat het beschermen en stimuleren van relatiespecifieke investeringen waarschijnlijk de belangrijkste rechtvaardiging is voor ontslagbescherming.¹⁹
- Een ontslagen werknemer moet een nieuwe baan vinden. Daarvoor moet hij zoekkosten maken. In de tussenperiode heeft hij inkomen nodig, tenzij hij daarvoor een buffer heeft opgebouwd. Dit is een risico dat de werknemer wellicht ook zal willen verzekeren, en dat traditioneel vooral door de WW uitkering wordt gedekt. Deels wordt het ook gedekt door een opzegtermijn, en wellicht ook nog voor een stukje door een ontslagvergoeding. Dit lijkt dus ook een goede reden voor ontslagbescherming.²⁰ Het zou wel interessant zijn om te onderzoeken of werknemers misschien geleidelijk beter in staat zijn om dit risico zelf te dragen. Is het risico van niet snel weer aan het werk komen kleiner geworden door de inmiddels beter functionerende arbeidsmarkt? Hebben werknemers gemiddeld meer financiële buffers dan twintig jaar geleden? Bijvoorbeeld doordat er zoveel meer tweeverdieners zijn? Het zou best eens kunnen dat de recente maatregelen en voorstellen tot vermindering van de WW en de verkorting van de opzegtermijnen nog niet zo gek waren.
- Verdeling risico van tijdens dienstverband optredende arbeidsongeschiktheid kan ook een grond zijn voor ontslagbescherming. Er zijn veel goede redenen om dit risico tussen werknemer en werkgever te verdelen in de vorm

¹⁶ Zie weergave standpunt De Waal in verslag Raad voor de Rechtspraak-discussie.

¹⁷ Weergave standpunten Schraven en Hermans in verslag Raad voor de Rechtspraak-discussie.

¹⁸ Zie de bijdrage van Fikkers in dit nummer. J.J.de Laat in rubriek Ter Visie, Sociaal Recht 2004 p. 41 wijzend op de Baijings-leer.

¹⁹ Zie paragraaf I en Belot 2002, t.a.p. Young 2003, p. 10-12. J.J.M. Theeuwes, Kantonrechters-formule Den Haag 31 maart 2004, bijdrage aan de in noot 8 genoemde discussie (ongepubliceerd).

²⁰ Young 2003, p. 10. Theeuwes, t.a.p.

van enige extra ontslagbescherming en vooral door mechanismen als die van de Wet Poortwachter. Ik laat dit verder rusten.

- Bescherming zwakke groepen op arbeidsmarkt. Zwakke groepen extra beschermen tegen ontslag, betekent ook dat zij nog minder snel worden aangenomen, of een nog lager loon krijgen. Dus het is sterk de vraag of dat verstandig is om deze groepen zo te beschermen.
- Bescherming van werknemers in het algemeen.²¹ Het klinkt aardig om mensen te beschermen door ze aan het werk te houden, maar deze bescherming van bestaande werknemers gaat ten koste van toetreders op de arbeidsmarkt en van werkgevers, die niet de beste mensen op de beste plek hebben zitten. Een vaak terugkerende notie is dat insiders worden beschermd ten koste van outsiders.²² Je kunt mensen die door ontslag uit het werkproces vallen beter goed opvangen. Solidariteit verwezenlijken kan beter via belastingmaatregelen of uitkeringen, dan via dwang om inefficiënt te werken, zo is economisch gemeengoed.
- Het belangrijkste argument tegen ontslagbescherming is altijd geweest dat het de werkgelegenheid zou verminderen. Intuïtief spreekt dit aan, want de werkgever wordt geprikkeld om mensen in dienst te houden, terwijl de kosten en de baten daarvan voor hem niet meer positief uitvallen. Bovendien kan de vrees mensen niet te kunnen ontslaan, betekenen dat de werkgever er helemaal niet aan begint. Het blijkt wel erg moeilijk om deze effecten op de arbeidsmarkt aan te tonen, want tegenover minder nieuwe werkgelegenheid in tijden van groei, staan minder ontslagen in tijden van teruggang.²³ Uit een overzichtsartikel van Addison en Teixeira haal ik dat ontslagbescherming waarschijnlijk toch een negatief netto effect heeft op de werkgelegenheid.²⁴ Voor manlijke dertigers en veertigers is het effect neutraal, maar andere groepen, met name jongeren en vrouwen krijgen minder gemakkelijk werk in landen met sterkere ontslagbescherming. Bij sterkere ontslagbescherming ontstaat ook gemakkelijker langduriger werkloosheid. Een effect op de arbeidsmobiliteit (je zou verwachten dat mensen langer op hun plaats blijven zitten met meer ontslagbescherming) is niet aangetoond.
- Er is wel enige aanleiding om te veronderstellen dat ontslagvergoedingen invloed hebben op het gedrag van werknemers. Zij gaan waarschijnlijk minder snel weer aan het werk als zij eerst hun ontslagvergoeding kunnen opmaken. En er zijn ook aanwijzingen dat mensen na aankondiging van een re-organisatie

²¹ Young 2003, p. 12.

²² Assar Lindbeck & Dennis J. Snower, The Insider-Outsider Theory: A Survey, IZA Discussion Paper No. 534, Juli 2002.

²³ Ljungqvist 2001, t.a.p.

²⁴ Addison & Teixeira 2001. Zie voor overzichten met in grote lijnen dezelfde conclusies OECD 1999, Lars P. Feld, Growth, Unemployment, Investment and Employment Protection Legislation: Panel Evidence for the EU-12 from 1970 to 1996, Discussion Paper 2002, en Young 2003.

een sterkere neiging hebben om te wachten tot zij geschoren worden, in plaats van zelf snel naar een andere baan te zoeken.²⁵

D. Partijen zelf ontslagbescherming laten overeenkomen?

Wat wij tenslotte nog moeten nagaan, is of het overeenkomen van ontslagbescherming niet aan werknemers en werkgevers kan worden overgelaten. Er zijn redenen om aan te nemen dat dit niet zal werken.²⁶ Werkgevers die bescherming zouden aanbieden, zouden het risico lopen om werknemers aan te trekken die minder goed presteren. Bovendien geldt vrij algemeen dat het contractspartijen moeilijk valt om af te wijken van een regel van aanvullend recht, ook als dat in hun beider voordeel zou zijn. Aanvullend recht is volgens Sunstein ‘sticky’, kleverig.²⁷ Als er geen wettelijke ontslagbescherming zou zijn, zullen daarom slechts weinig werknemers in staat zijn om die contractueel overeen te komen.

Wel is de vraag of partijen niet meer vrijheid kan worden gegeven om af te wijken van de wettelijke regeling van ontslagbescherming. Het zou wellicht toegestaan moeten zijn om er bij cao, bij sociaal plan, of bij expliciete (en onder onverdachte omstandigheden gesloten) individuele overeenkomst van af te wijken. Dit zou bijvoorbeeld gerechtvaardigd kunnen zijn voor functies waarvoor weinig relatiespecifieke investeringen nodig zijn, of juist meer dan gemiddeld.

IV. VERFLIJNING VAN ONTSLAGBESCHERMING VIA VERGOEDINGEN

Als we dit alles overzien, waar liggen dan de kansen voor een beter ontslagrecht? We weten niet of ontslagbescherming per saldo positief of negatief uitwerkt, want de in de vorige paragraaf besproken effecten zijn divers, en werken op verschillende groepen mensen verschillend uit. Dat enige drempel voor ontslag goed is, lijkt zeer aannemelijk en ieder ontwikkeld land kent dan ook ontslagbescherming. Wie zich aangetrokken voelt tot het Amerikaanse systeem van ‘employment at will’ dient zich te realiseren dat dit slechts in theorie bestaat. In de Verenigde Staten wordt inmiddels veel over ontslagen geprocedeerd, onder meer op basis van discriminatie. De meeste staten kennen nu ontslagbescherming toe op basis van wetgeving en op doctrines ontwikkeld in de rechtspraak zoals ‘public policy’, ‘implied contract’, of ‘good faith’.²⁸

²⁵ Addison & Teixeira 2003, t.a.p. Zie ook Adriana D. Kugler, From Severance Pay to Self-Insurance: Effects of Severance Payments Savings, IZA DP No. 434, February 2002 die laat zien dat een (Colombiaans) systeem waarin de werknemer zelf spaart voor een ontslagvergoeding het gemakkelijker maakt voor de werkgever om tot efficiënte loonhoogtes te komen.

²⁶ Voor de economisch of contractsvrijheid geïnteresseerden die dit niet zonder meer aannemen, verwijs ik naar Young 2003, p. 10 die een overzicht geeft van de soorten marktfalen die hier spelen.

²⁷ R.B. Korobkin, The Status Quo Bias and Contract Default Rules, Cornell Law Review 1998, pp. 608-687; C.R. Sunstein, Switching The Default Rule, New York University Law Review 2002, pp. 106-13

²⁸ Zie bijvoorbeeld David Autor, John Donohue III & Stewart J. Schwab, The Costs of Wrongful Discharge Laws, Stanford Law School John M. Olin Program in Law and Economics Paper 243, November 2002, down te laden van www.ssrn.com p. 4 e.v. met een goed overzicht van de wetgeving en leerstukken en p. 34 e.v. met een overzicht van de jurisprudentie per staat. Alleen Florida, Georgia en Rhode Island kennen nog geen uitzonderingen.

Hoe goed ontslagbescherming moet zijn, hoe hoog de optimale drempel voor ontslag idealiter is, blijft dus nog onzeker. Maar we weten wel in welke richting we moeten zoeken om de wijze van ontslagbescherming te verbeteren:

- Voortgaande vervanging van andere vormen van ontslagbescherming door vergoedingen, met name door:
- Eenvoudiger procedures;
- Minder kans voor de werknemer om het ontslag tegen te houden;
- Betere afstemming van de hoogte van de vergoedingen, in het algemeen, maar ook voor specifieke groepen werknemers, met name op de mate van relatiespecifieke investeringen.

A. Eenvoudiger procedures: naar zelfbedieningsontslag

Een systeem als het ontslagrecht is enorm belangrijk voor de samenleving en hoe eenvoudiger het te bedienen is, hoe beter dat voor Nederland is. Procedurele vereenvoudiging blijft daarom een belangrijk aandachtspunt.

De pogingen van de CWI's om het aanvragen van ontslagvergunningen gemakkelijker te maken, onder meer door het ter beschikking stellen van handzame formulieren, zijn wellicht een eerste stap naar een zelfbedieningsontslagrecht. De Commissie Rood zat ook op het goede spoor met een 'interne hoorprocedure' (al had zij veel te weinig oog voor het belang van vergoedingen).²⁹ Mijn ideaal is dat 80% van de ontslagen door de werkgever en de werknemer zelf wordt geregeld, ondersteund door een interactieve website. Die website helpt bij het communiceren tussen partijen over het ontslag, bij het uitrekenen van de ontslagvergoeding met een goed uitgewerkte formule, suggereert partijen gezamenlijk hulp te zoeken bij een mediator als het moeilijk wordt en heeft ook formulieren om een snelle beslissing van de rechter te krijgen.

B. Minder kans voor werknemer om ontslag tegen te houden

Bij eerdere gelegenheden heb ik ronduit gepleit voor afschaffing van de preventieve ontslagtoets en vervanging van de ontslagbescherming door een vergoeding bij formule vast te stellen, en eventueel te fine-tunen door de rechter.³⁰ Dat lijkt te sporen met wat economen aanbevelen. In ruil voor afschaffing van de toetsing, zou de vergoeding zelfs best iets hoger mogen worden, zodat de drempel voor de werkgever om tot ontslag over te gaan per saldo gelijk blijft.

We zouden kunnen beginnen met de preventieve toets af te schaffen voor een paar groepen die deze het minst nodig hebben: jongere werknemers met enkele dienstjaren, bijvoorbeeld, die bij een reorganisatie weggaan met een standaardvergoeding. Of eens experimenteren in een bedrijfstak met afschaffing van

²⁹ Adviescommissie Duaal Ontslagstelsel, Afscheid van het duale ontslagrecht, Den Haag november 2000. Vgl. voor een communicatievere procedure voor opzegging van duurovereenkomsten in het algemeen ook De Hoon 2001.

³⁰ Ontslagbescherming zonder preventieve toetsing, NJB 1993, p.369 e.v.; Civielrechtelijke ontslagbescherming? TVVS Maandblad voor ondernemingsrecht en rechtspersoon 1994, p. 230 e.v.; De kosten en baten van het huidige ontslagrecht en van alternatieven daarvoor, Voordracht symposium Adviescommissie Duaal Ontslagstelsel, 9 november 1999.

de preventieve toets in ruil voor een licht hogere vergoeding. En dan eens kijken hoe dat gaat.

C. Afstelling vergoedingen in het algemeen

Als vergoedingen steeds belangrijker worden, dan is het bepalen van de optimale hoogte daarvan belangrijk. Misschien lijkt de vergoeding nu aan de hoge kant geworden, maar wie hem wil verlagen, moet wel bedenken dat de vergoeding geleidelijk in de plaats is gekomen van het kunnen tegenhouden van een ontslag. Nu de vergoeding halveren, zoals het kabinet wil,³¹ kan zoals gezegd tot gevolg hebben dat CWI's en rechters weer meer ontslagen gaan tegenhouden. Het heeft ook iets van het veranderen van de spelregels tijdens de rit, als het al niet een aantasting van een verworven recht zou zijn. Het lijkt met het oog op de werking van de arbeidsmarkt verstandiger om eerst de andere aspecten van ontslagbescherming te verminderen.

Als andere delen van de drempel waar mogelijk vervangen zijn door een vergoeding, kan vervolgens ook naar de hoogte van de vergoeding worden gekeken. Daarbij zou een vergelijking kunnen worden gemaakt met wat in andere landen waarmee wij ons willen vergelijken daadwerkelijk aan afkoopsommen van alle ontslagbescherming wordt betaald. Dat is immers de beste maatstaf voor de hoogte van de drempel, niet wat er in wettelijke regels of formules staat.

Voor Nederland weten we redelijk goed wat er nu feitelijk betaald wordt in regelingen, als daar ook een afkoop van de andere vormen van ontslagbescherming verdisconteerd is. Van der Meer gaf cijfers over de toepassing van de formule in het kanton Amsterdam.³² De C komt daar gemiddeld op 1,25. Dat lijkt te hoog, maar het wordt prachtig verklaard als men veronderstelt dat werkgevers gemiddeld een kwart meer geven in geregelde ontbindingen (80% van de ontbindingen is geregeld)³³ om de procedurele ellende van tegenspraak en de kans op niet toestaan van de ontbinding af te kopen. Die 1,25 keer de ontslagvergoeding is wellicht de prijs die werkgevers nu gemiddeld voor ontslag willen betalen, gezien alle drempels voor ontslag. Als de andere vormen van ontslagbescherming minder worden, kruipt de gemiddelde C waarschijnlijk vanzelf richting 1.

D. Nadere uitwerking formule voor specifieke groepen werknemers.

Wie verder aan de vergoeding wil sleutelen, kan waarschijnlijk het beste eerst naar specifieke groepen kijken. Laten we eerst vaststellen dat de kantonrechtersformule nu nog tamelijk grof is. In veel gevallen moet de factor C worden toegepast. Kantonrechter Van der Meer beschikt over gegevens over de toepassing van de formule in het kanton Amsterdam en stelt dat in 20% van de gevallen de C zelfs buiten de bandbreedte tussen 0,5 en 1,3 komt. C wijkt dus in relatief veel gevallen af van 1.³⁴

Een formule die voor ieder geval past, is niet te bedenken. Maar na al die jaren ervaring met de formule, moet het mogelijk zijn een flink aantal standaardsituaties te

³¹ Zie het wetsontwerp dat nog op goedkeuring van het kabinet wacht.

³² Zie het verslag van de discussie georganiseerd door de Raad voor de Rechtspraak (vgl. noot 8).

³³ Zie de bijdrage van Fikkers in dit nummer.

³⁴ T.a.p. zie noot 8 en 31.

vinden waarin nu in de jurisprudentie systematisch afwijking van C plaatsvindt in een bepaalde richting.³⁵ De formule kan dus verder worden gespecificeerd en gedifferentieerd, uitgaande van de bestaande vergoedingshoogten. Verdere normering dus op basis van wat in de huidige praktijk wordt toegekend.

- Mensen die rond hun veertigste overstapten naar een nieuw bedrijf, krijgen vaak een relatief hoge vergoeding. Daar kan een meer toegesneden formule voor worden bedacht, uiteraard met afwijkingsmogelijkheid voor individuele gevallen.
- Voor arbeidsongeschikten moet eveneens een vuistregel te bedenken zijn. Er is weinig reden om verschillende arbeidsongeschikten verschillend te behandelen. Een vaste formule voor hen, waarbij de factor C aanwezig blijft om voor zover nog nodig van geval tot geval te fine-tunen.
- Als de werkgever geen goed dossier heeft, levert dat ook vaak een soort strafverhoging op. Een vuistregel dat de vergoeding dan 10% hoger wordt?
- De gevallen waarin ontslag nu niet wordt toegestaan, moeten ook kunnen worden gespecificeerd. Een flink hoge vergoeding voor dit soort gevallen zou een gelijke mate van ontslagbescherming creëren. De praktijk weet best wat de marktprijs is voor afkoop van een afgewezen ontslagaanvraag.³⁶ Ook de huidige ontslagverboden zouden theoretische vervangen kunnen worden door een prijs op ontslag, al is dat misschien niet het meest urgent.
- Voor mensen die na een reorganisatie heel snel een nieuwe baan hebben, of die lijken te wachten op hun vergoeding en dan pas initiatief nemen, lijkt een volledige ontslagvergoeding onterecht, en hoe daarmee moet worden omgegaan, is nog steeds onzeker. Misschien is daar ook een formule voor te bedenken.

E. Herijking formule voor specifieke groepen werknemers

Eén stap verder zou het gaan om de formule te herijken. Nu er meer duidelijkheid ontstaat over de redenen om een vergoeding toe te kennen, is het ook mogelijk om de vergoeding voor specifieke groepen te verhogen of te verlagen.

- Bekeken zou in de eerste plaats kunnen worden of de formule beter kan worden afgestemd op de mate van relatiespecifieke investeringen die de persoon heeft verricht. Op zich is het aantal dienstjaren bij een bedrijf overigens een prachtige eerste benadering van de mate van relatiespecifieke investeringen. Maar een verder onderscheid naar de mate van specialisatie van de functies is wellicht mogelijk. Er wordt nu onderzoek gedaan naar hoe vaardigheden precies worden gebruikt. Sommigen zeggen dat alle kennis en vaardigheden op meerdere plaatsen in te zetten zijn, maar dat verschillende bedrijven verschillende

³⁵ In een presentatie voor het lustrumcongres van de Raden voor Rechtsbijstand, Rechtshulp een vak apart, 28 april 2004, behandelde C. Schouten een aantal casussen die representatief zijn voor deze standaardsituaties. Het navolgende bouwt daar deels op voort.

³⁶ Scholtens stelt de vergoeding in zijn kronieken, laatstelijk ArbeidsRecht 2004, 7 en 12 op ∞ (oneindig). Dat lijkt mij niet de marktprijs.

combinaties van vaardigheden benutten.³⁷ Dat onderzoek zou kunnen worden benut.

- Voor het MKB is de vergoeding op basis van de kantonrechtersformule volgens velen te hoog. Komt dat omdat men daar veel met werknemers werkt die weinig gespecialiseerd zijn (weinig relatiespecifieke investeringen)? Of moeten we zeggen dat de werknemer in een klein bedrijf tot op zekere hoogte meedeelt in het bedrijfsrisico? Er moet een staffel te ontwerpen zijn, waarin de vergoeding langzaam (geen plotselinge overgangen; voor de perverse effecten daarvan zie Duitsland)³⁸ omhoog gaat met het aantal werknemers.
- Het kabinet zal binnenkort een aanpassing van de formule voor oudere werknemers voorstellen: geen extra opslag meer voor hen. Economisch is daar het nodig voor te zeggen, omdat deze werknemers hun relatiespecifieke investeringen meestal al in belangrijke mate hebben terugverdiend.³⁹ Aan de andere kant is de huidige formule een hele goede vervanging van het lifo-beginsel, dat ook op de helling staat:⁴⁰ ontslag van oudere werknemers is niet onmogelijk, maar heeft gewoon een hogere prijs. En het lifo-beginsel afschaffen, én de vergoeding drastisch verlagen, lijkt wel erg veel ineens, maar enige verandering lijkt zeker gerechtvaardigd.
- Grote bedrijven klagen steen en been over de ontslagvergoeding.⁴¹ Hun klachten zouden goed moeten worden onderzocht. Als zij inderdaad nog steeds een soort 'groot' en 'kapitaalkrchtig'-toeslag zouden betalen, dan is er reden daar iets aan te doen. Zij moeten misschien ook meer mogelijkheden krijgen om bij c.a.o. en/of sociaal plan van de standaardformule af te wijken.
- Naar hoge bomen, waaronder hoge overheidsfunctionarissen, zou nog een keer goed gekeken moeten worden. Anders dan wel wordt aangenomen, hebben zij misschien wat meer bescherming nodig, omdat zij vaak heel specifieke vaardigheden en kennis hebben, waarbij dan nog het publieke afbrandrisico komt. Een contractueel vastgelegde vergoeding zou misschien gewoon moeten worden uitbetaald, aannemende dat de corporate governance discussie er wel voor zorgt dat het onderliggende loon niet excessief is.⁴² Waarom kan de contractsvrijheid hier niet voorop staan? Naar beide kanten overigens: een hoge boom moet ook geen onderhandelingsmacht toegespeeld krijgen door de optie om publiekelijk of bij de rechter te gaan vertellen hoe het allemaal echt toeging in de organisatie en zo proberen een hogere vergoeding te krijgen dan de contractueel vastgelegde.

³⁷ Edward P. Lazear, Firm-Specific Human Capital: A Skill-Weights Approach, IZA Discussion Paper No. 813, June 2003.

³⁸ Sher Verick, Threshold Effects of Dismissal Protection Legislation in Germany, IZA Discussion Paper No. 991, January 2004.

³⁹ Theeuwes 2004, t.a.p. Zie ook R. Hansma, Anciënniteit raakt eindelijk uit de tijd (binnenkort in NJB).

⁴⁰ Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, Notitie heroverweging van het Last-in/first-out beginsel bij bedrijfseconomisch ontslag, 25 mei 2004.

⁴¹ Zie bijvoorbeeld R.Hansma, De collectieve waanzin rond de kantonrechtersnorm, NJB 2000 p. 363 e.v. en Anciënniteit raakt eindelijk uit de tijd (binnenkort in NJB).

⁴² Anders, en misschien te veel in reactie op een paar publicitair gevoelige gevallen, De Nederlandse corporate governance code, onder II.2.7.

- Over de factor schuld valt veel te zeggen.⁴³ Ik volsta met twee feiten, een opmerking en een voorstel. Uit een binnenkort te publiceren onderzoek naar de geschilbeslechting in Nederland blijkt dat mensen in maar 2% van de gevallen het vaststellen van de mate van schuld als hoofddoel hebben in een conflict en dit in nog eens enkele procenten van de gevallen als nevendoeel noemen. Kennelijk hebben mensen minder behoefte aan de beantwoording van de schuldvraag dan binnen het rechtssysteem soms wordt aangenomen.⁴⁴ Feit 2 is dat het echtscheidingsrecht is enorm opgeknapt sinds er niet meer over schuld wordt gepraat. Mijn opmerking is dat de notie dat je fout bent, als je ontslagen wordt, misschien op zichzelf al een belemmering voor het goed functioneren van de arbeidsmarkt is. Het voorstel: We zouden serieus moeten bekijken of het in het ontslagrecht mogelijk is om het alleen nog maar over gedrag in het verleden te hebben als er echt zware verwijten zijn.⁴⁵

V. EEN OPROEP AAN DE KANTONRECHTERS

Zoals beloofd, sluit ik af met een oproep aan de kantonrechters. De kantonrechtersformule is met grote afstand het beste dat het Nederlandse ontslagrecht sinds de oorlog is overkomen, zo is eigenlijk de strekking van het voorafgaande. De kritiek erop van werkgevers en werknemers moet vooral worden opgevat als een signaal dat de formule de centrale plaats in het ontslagrecht heeft gekregen die haar toekomt.

Dat neemt niet weg dat er volop aanleiding is om te kijken of de formule verbeterd en verfijnd kan worden, en ook gedifferentieerd naar die groepen die ontslagbescherming het meeste nodig hebben. Economen kunnen veel zinnige en onpartijdige bijdragen aan die discussie leveren. Haal ze er bij. Laat u ook adviseren door praktijkjuristen, die kunnen vertellen wat de meest voorkomende bijzondere categorieën zijn. Weersta de verleiding om de formule vaag te houden, maar probeer de regelmatigheden vast te leggen, zoals die bij de toepassing van de formule zijn gebleken, net zoals dat bij de goed vergelijkbare casus van alimentatie is gebeurd. Afwijking in individuele gevallen kan altijd nog als de formule in de rechtszaal wordt toegepast. Hoe voorspelbaarder de hoogte van de vergoeding wordt, hoe beter de arbeidsmarkt kan werken, en hoe minder individuele werknemers en werkgevers worden belast met het toch al zo ingrijpende ontslag.

Sociale partners zijn natuurlijk ook welkom, maar verwacht van hen niet dat zij met een afgewogen oordeel komen, want zij zijn partij en gewend om in polderonderhandelingen met extreme standpunten te komen. Als zij merken dat u serieus naar de formule gaat kijken, worden ze vanzelf wel realistischer. Zelfs al komt er een wettelijke regeling, dan nog blijft er genoeg te expliciteren en te verfijnen.

⁴³ Vgl. De Hoon 2001. Zie voor een overzicht van de effecten van beoordeling aan de hand van schuldvragen ook J.M. Barendrecht, *Cooperation in Transactions and Disputes: A Problem-Solving Legal System?*, Juni 2003, p. 47 e.v. en de verkorte versie daarvan in NJB: *Beschuldigingsjuridisering*, NJB 2003, p. 217.

⁴⁴ B.C.J. van Velthoven & M.J. ter Voert, *Geschilbeslechtingsdelta 2003*, Tabel 6.1.

⁴⁵ Vergelijk De Hoon 2001 en ook de bijdrage van Fikkers aan dit nummer.

Denk niet dat de wetgever en de polder dit zelf kunnen, zonder uw initiatief, leiding en vastberadenheid. Waarom zouden zij nu wel kunnen, wat zij in de voorbije eeuw nog nooit hebben gekund? Zolang zij dat niet kunnen uitleggen, zal Nederland de kantonrechters dankbaar zijn als zij met verstand en beleid voortgaan op de route die is ingezet.